



85681 15

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Oggetto

RIC. CONTRO  
DECISIONI DI  
GIUDICI  
SPECIALI  
(CONS. DI  
STATO ETC.)

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. GIORGIO SANTACROCE - Primo Presidente - R.G.N. 8417/2013
- Dott. GIUSEPPE SALME' - Presidente Sezione - Cron. 8563
- Dott. RENATO RORDORF - Presidente Sezione - Rep. CI
- Dott. SERGIO DI AMATO - Consigliere - Ud. 21/10/2014
- Dott. VINCENZO MAZZACANE - Consigliere - PU
- Dott. MARIA MARGHERITA CHIARINI - Rel. Consigliere -
- Dott. ROBERTA VIVALDI - Consigliere -
- Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO - Consigliere -
- Dott. ADELAIDE AMENDOLA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 8417-2013 proposto da:

2014 del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente  
491 domiciliata in ROMA, VIA presso lo  
studio dell'avvocato che la  
rappresenta e difende unitamente agli avvocati  
per delega a margine del

Handwritten signature and initials

ricorso;

- ricorrente -

contro

S.C.A.R.L.,

in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente  
domiciliato in ROMA, VIA presso lo  
studio dell'avvocato rappresentato e  
difeso dagli avvocati  
per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

AZIENDA OSPEDALIERA PER L'EMERGENZA in  
persona del Direttore Generale pro-tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA  
presso lo studio dell'avvocato  
rappresentata e difesa dall'avvocato  
per delega a margine del controricorso e ricorso  
incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

S.C.A.R.L.,

elettivamente domiciliato e difeso come sopra;

- controricorrente all'incidentale -

nonchè contro

S.P.A. (già

S.R.L.);

- intimata -

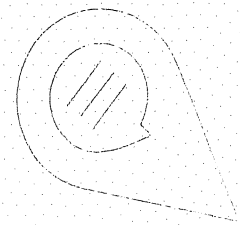
avverso la sentenza n. 324/2013 del CONSIGLIO DI  
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA -

PALERMO, depositata il 11/03/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 21/10/2014 dal Consigliere Dott. MARIA  
MARGHERITA CHIARINI;

uditi gli avvocati

udito il P.M. in persona del Procuratore Generale  
Aggiunto Dott. PASQUALE PAOLO MARIA CICCOLO, che ha  
concluso per l'inammissibilità sia del ricorso  
principale che dell'incidentale.



Fallimenti e Società.it

A 25/10/14

## Svolgimento del processo

Indetta il 16 maggio 2008 dall' Azienda Ospedaliera per l' emergenza di Catania la gara per l' aggiudicazione del servizio "ausiliario socio - sanitario e di supporto ai reparti e alle strutture dell' azienda ed economica, ivi compreso il servizio di pulizia dei monoblocchi e dei pollambulatori, degli uffici amministrativi e delle postazioni di vigilanza, delle sale congressi e della foresteria, con rifacimento letti, servizi facchinaggio e trasporto, prelevamento rifiuti urbani e speciali" per la durata di cinque anni e per il presunto importo annuo di euro 6.900.000,00, oltre IVA, con il sistema dell' offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell' art. 83 del D.lgs. 163/2006, il progetto della coop. scari - Onlus. In base alle caratteristiche tecniche stabilite nel bando, riportò il punteggio di 47,50/50 e quello di scari - Onlus 45,00/50. Aperte le buste per calcolare i definitivi punteggi, comprensivi del canone mensile, IVA inclusa, secondo la previsione contenuta nell' art. 14 del D.lgs. 163/2006, ai concorrenti scari - Onlus furono attribuiti 50,00/50 punti e a coop. scari - Onlus 47,90/50 punti, sì che, sommati i predetti punteggi, quest' ultima società raggiunse punti 94,90/100 e scari - Onlus 95/100, essendosi dichiarata IVA esente ai sensi degli artt. 10 del D.L.gs. n. 460 del 1997 e 10 n. 27 ter del D.P.R. n. 633 del 1972 (che prevedono rispettivamente: "1.- Sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale .. le società cooperative i cui statuti prevedono a) lo svolgimento di attività .. in uno dei seguenti settori: 1) assistenza .. socio - sanitaria"; "Sono esenti da imposta le prestazioni socio-sanitarie, di assistenza domiciliare o ambulatoriale, in comunità e simili, in favore degli anziani ed inabili adulti, di tossicodipendenti e di malati di AIDS, degli handicappati psicofisici, dei minori anche coinvolti in situazioni di disadattamento e di devianza, rese .. da enti aventi finalità di assistenza sociale e da ONLUS"). Le offerte furono assoggettate a verifica perché dichiarate presuntivamente anomale ai sensi dell' art. 86 del D.lgs. 163/2006.

coop. scari - P.F.E. formulò osservazioni deducendo che l' IVA è un fattore esogeno al prezzo e quindi non poteva incidere sulla convenienza economica dell' offerta; peraltro le prestazioni di rese all' azienda ospedaliera dovevano ritenersi soggette ad IVA nella misura del 20%, e scari - Onlus, in quanto cooperativa di produzione e lavoro, era anch' essa soggetta ad IVA nella misura del 4%. La gara venne provvisoriamente aggiudicata a scari - Onlus poiché il canone mensile offerto, pari ad euro 570.400,00, era comprensivo di tutti gli

oneri, tra cui l' IVA, per la durata di cinque anni, con un risparmio complessivo per l' azienda pari ad euro 2.882.820,00. Con delibera del 15 ottobre 2009, concluso il procedimento di verifica della presunta anomalia, l' appalto fu definitivamente aggiudicato :

coop. scrl - con ricorso del 17 dicembre 2009, impugnò sia l' aggiudicazione sia l' art. 14 del C.S.A. poiché l' IVA non poteva influire sul prezzo essendo dovuta per legge, e perciò su di essa non era possibile esprimere alcuna valutazione di convenienza economica, diversamente violandosi la par condicio e la concorrenza tra imprese; chiese pertanto l' inefficacia del contratto, il conseguimento dell' aggiudicazione ed il risarcimento dei danni.

Il Tar per la Sicilia, con sentenza del 28 febbraio 2012, rigettò il ricorso sulle seguenti considerazioni: 1) pur se il capitolato speciale di appalto all' art. 4 indicava l' importo presunto annuo - euro 6.900.000 - oltre IVA, e l' art. 13, ultimo cpv., stabiliva la non ammissione delle offerte in aumento rispetto alla base d' asta individuata in euro 575.000,00 "canone mensile onnicomprensivo, oltre IVA", il secondo cpv. del medesimo art. 13, sub) "busta 3, offerta economica", richiedeva che il canone fosse onnicomprensivo di tutti gli oneri e la sua ratio era di non far ricadere sull' amministrazione, consumatore finale, l' IVA; 2) pertanto non essendo stata impugnata la clausola sul prezzo per contrasto con principi nazionali o comunitari, né con l' art. 83 D.lgs. n. 163 del 2006, era da interpretare come includente l' IVA, e poiché la aveva dichiarato di esser IVA esente, legittimamente si era aggiudicata l' appalto, avendo offerto il canone mensile di euro 515.372,50, mentre scrl - aveva offerto il canone di euro 618.447,00, calcolando l' IVA al 20% poiché costituita nella forma giuridica di s.r.l.; 3) né la stazione appaltante sarebbe responsabile, ai sensi dell' art. 6 del D.lgs. n. 471 del 1997, qualora non sussistessero i presupposti per l' esenzione dell' IVA, secondo la prospettazione della ricorrente, avendo l' appaltatrice soltanto l' obbligo di pagare il prezzo fatturato, e poiché la aveva dichiarato di esser IVA esente, la sua offerta non doveva esser assoggettata a verifica.

Con sentenza dell' 11 marzo 2013 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia ha dichiarato inammissibile l' appello incidentale di l' accolto l' appello principale coop. scrl - sulle seguenti considerazioni: 1) a norma dell' art. 101, secondo comma, c.p.a., le domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado e non

riproposte nella memoria depositata all' atto della costituzione in giudizio, da avvenire nel termine di trenta giorni dalla notifica dell' appello, si intendono rinunciate; inoltre, essendo state dichiarate improcedibili dal Tar in ragione del rigetto del ricorso principale, la statuizione doveva esser impugnata a norma dell' art. 96 c.p.a.; 2) il Tar aveva esaminato l' offerta della coop. scarl - al canone di euro 515.372,50, esclusa IVA al 20%, e di euro 618.447,00, compresa IVA, mentre dopo aver offerto un ribasso dell' 0,80%, aveva aggiunto di esser esente dall' IVA ai sensi dell' art. 10 n. 27 ter D.P.R. 633/1972 e quindi il prezzo per il servizio, oneri compresi, ammontava ad euro 570.400,00, sì da rispettare l' art. 13 del capitolato speciale di appalto, e di conseguenza anche coop. scarl - aveva richiamato la sua offerta scorporando l' IVA; 3) confrontate perciò le due offerte il prezzo di quest' ultima era inferiore; 4) pur essendovi un orientamento interpretativo contrario, era preferibile quello secondo cui per "esigenze di immediata percezione" nelle procedure di evidenza pubblica il valore degli appalti, e perciò dei prezzi proposti dalle imprese partecipanti alla gara, devono esser considerati al netto dell' IVA; 5) infatti tale imposta è una variabile esogena nella formazione dei prezzi del mercato e sfugge al controllo dell' imprenditore, potendo subire variazioni anche nel corso del rapporto, e quindi non interferisce con i fattori determinanti l' efficienza produttiva aziendale, anche al fine di non incentivare perversi meccanismi collusivi tra le amministrazioni e le imprese concorrenti al fine di eludere la normativa fiscale, e senza che ciò potesse penalizzare la partecipazione delle cooperative alla gara, atteso che possono beneficiare di un regime fiscale ridotto, poiché essendo loro estraneo lo scopo lucrativo, possono presentare anche offerte con un utile più basso; quindi era legittima la clausola dell' amministrazione appaltante escludente l' IVA dal prezzo per un sostanziale equilibrio tra le società partecipanti, con e senza scopo di lucro; 6) non giova la tesi secondo cui l' amministrazione pubblica è un consumatore finale che non può scaricare l' IVA, e che quindi deve ritenersi un costo, poiché non tutte le amministrazioni aggiudicatrici contemplate dall' art. 3, comma 25, del codice dei contratti non possono scaricare l' IVA, e se la regola di partecipazione alla gara variesse in funzione della possibilità del fruitore della prestazione di scaricare l' IVA, la convenienza dell' offerta sarebbe aleatoria; 7) inoltre, considerando l' IVA compresa nel costo dell' appalto, avrebbe effetti distorsivi della concorrenza poiché i soggetti esenti, ovvero che beneficiano di un regime agevolato, sarebbero preferiti a quelli che sono soggetti al regime ordinario, senza nessun collegamento con il prezzo - valore dell' appalto del bene o del servizio offerto, che invece è l' unico parametro per

valutare la concorrenzialità dell' offerta, a prescindere dall' esborso finale della stazione appaltante; 8) peraltro anche il codice dei contratti ha stabilito espressamente il netto di Iva per determinare la base d' asta (art. 29, comma 1); 9) pertanto era da accogliere l' appello c coop. scarl - da annullare l' aggludicazione e l' art. 14 CSA nella parte in cui per la valutazione dei prezzi si riferisce al canone mensile offerto, comprensivo di IVA; 10) a norma dell' art. 122 c.p.a. il contratto era da aggludicare a coop. scarl - e, senza necessità di rinnovo della gara, il contratto con era inefficace a decorre dalla notifica della sentenza; doveva esser disposto il subentro di coop. scarl - e dichiarato il suo diritto al risarcimento del danno per la mancata esecuzione del contratto nella misura del 7% dell' importo, in via equitativa, detratto dall' importo a base d' asta il ribasso offerto, e del 2% a titolo di danno curriculare, da rivalutare alla data odierna con il criterio degli interessi anno per anno.

Ricorre per eccesso di potere giurisdizionale in via principale soc. Coop. Sociale ed in via incidentale l' Azienda Ospedaliera per l' emergenza cui resistono s.c.a.r.l. in proprio e quale capogruppo, con la mandante s.p.a. PFE, e per quest' ultima, che resiste altresì al ricorso incidentale dell' Azienda Ospedaliera.

#### Motivi della decisione

1.- Vanno pregiudizialmente esaminati i rilievi della resistente  
e di improcedibilità del ricorso principale di soc. Coop. Sociale per tardività del deposito a norma dell' art. 369, primo comma, cod. proc. civ. e di conseguente inammissibilità/improcedibilità del ricorso incidentale dell' Azienda Ospedaliera per l' emergenza; ovvero anche per tardività della notifica di quest' ultimo ai sensi dell' art. 370, primo comma cod. proc. civ., dovendosi applicare al ricorso per cassazione, ai sensi dell' art. 110 del D.lgs. n. 104 del 2010 contro le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, gli artt. 119 - rito abbreviato comune a speciali controversie - lett. a), primo, secondo comma e settimo comma, e 120 - Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all' art. 119, comma 1, lettera a) - primo, terzo, quinto, e undicesimo comma del medesimo D.lgs.

Infatti, fa rilevare detta contro ricorrente, s.c.a.r.l., in proprio e nella qualità, le preclate norme stabiliscono che (art.119): "1. .. Per i giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: a)

provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture.."; 2. Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati, salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all' art. 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati dal presente articolo. 7. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nei giudizi di appello, revocazione e opposizione di terzo.", e che (art. 120): "1. Gli atti e le procedure di affidamento .. relativi a pubblici lavori, servizi o forniture .. sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. 3. Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l' art. 119. 5. Per l' impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti, .. devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente .. 11. Le disposizioni di cui al comma 3, .. si applicano anche ai giudizi di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l' ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o di opposizione di terzo."

Quindi, continua la medesima s.c.a.r.l., poiché la notifica del ricorso principale di Seriana 2000 nei confronti dell' Azienda ospedaliera di si è perfezionata il 28 marzo 2013 ed il ricorso è stato depositato il 9 aprile 2013, è improcedibile, in quanto, essendo dimezzati "tutti i termini processuali ordinari" per effetto delle precitate disposizioni, doveva essere depositato entro dieci giorni dall' ultima notifica e non venti. Conseguentemente è divenuto inammissibile o improcedibile anche il ricorso incidentale, proposto il 7 maggio 2013, ossia il quarantesimo giorno dalla notifica del ricorso principale, mentre doveva essere proposto entro il ventesimo.

1.1- Tale ermeneusi delle precitate norme per il ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato su controversie relative a provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, non è accoglibile.

Ed infatti innanzi tutto già l' art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, introdotto dall' art. 4 - Disposizioni particolari sul processo in determinate materie - della legge 21 luglio 2000, n. 205, recante: "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa", stabiliva: "1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa aventi ad oggetto: c) i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e



forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti; 2. I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso. 8. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche davanti al Consiglio di Stato, in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata" e, per effetto dapprima dell' art. 245 del D.lgs. n. 163 del 2006, e poi dell' art. 8.2 bis del D.lgs. n. 53 del 2010, la suddetta norma era espressamente applicabile alle impugnazioni dinanzi al g.a. avverso "atti delle procedure di affidamento .. relativi a .. servizi e forniture" previsti dal codice degli appalti.

In secondo luogo le norme di cui agli artt. 119 e 120 D.lgs. n. 104 del 2010 sono attuative dell' art. 44 della legge del 2009 n. 69 di delega al Governo ad adottare: "1. ..uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato", coordinando le norme vigenti - del processo amministrativo - "con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali", attenendosi 2. - "oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all' articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, ai seguenti principi e criteri direttivi: "b) 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; g) riordinare il sistema delle impugnazioni, individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, e disciplinando la concentrazione delle impugnazioni.", mentre nell' art. 120 è stato trasfuso, con le modifiche conseguenti alle direttive comunitarie recepite nel D.lgs. n. 53 del 2010, il succitato art. 245 del D.lgs. n. 163 del 2006.

Quindi, come nessuna influenza era stata ravvisata per effetto del succitato art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971 sulla disciplina del ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze di secondo grado del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto la materia degli appalti, così non vi è ragione né storica, né letterale, né logica, né sistematica per ritenere che l' art. 119, terzo comma, del D.lgs. n. 104 del 2010, o l' art. 120, undicesimo comma, che dispone un'ulteriore abbreviazione dei termini per i vincoli comunitari - " un ricorso efficace, e in particolare quanto più rapido possibile": (art. 1, par. 1, comma 3, dire.2007/66/CEE) - attuati con il D.lgs. n. 53 del 2010 in speciali controversie, e che indica nominativamente i giudizi - appello, revocazione, opposizione di terzo - a cui si applica la riduzione dei termini ordinari, o a cui deve essere esclusa - alla notificazione del ricorso introduttivo (analogamente a quanto disponeva il succitato art. 23 bis legge

n. 1034 del 1971), del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti nel giudizio di primo grado, nonché per quelli di cui all' art. 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel medesimo articolo 119) - determinino tuttavia la riduzione anche dei termini per l' ammissibilità e la procedibilità del ricorso civile ordinario per cassazione per motivi di giurisdizione avverso decisioni del Consiglio di Stato in materia di appalti. Né alcuna giustificazione teleologica alla deroga ai fondamentali principi di uguaglianza nel processo di cassazione e di garanzia di effettiva difesa dell' intimato - il cui richiamo è contenuto anche nell' art. 39.1 del D.lgs. n. 104 del 2010 che stabilisce: "Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali" - può rinvenirsi nella celerità del rito stabilito per la giurisdizione speciale, e per di più disposto in fasi interne alla proposizione del ricorso, tant' è che anche il termine per la proposizione del ricorso incidentale è il medesimo del ricorso principale e decorre dalla notifica di esso (art. 42.1 c.p.a.).

1.2 - Altrettanto infondato è il rilievo di inammissibilità del ricorso incidentale dell' Azienda ospedaliera per acquiescenza tacita, ravvisata dalla resistente nell' esecuzione della decisione impugnata, trattandosi all' evidenza di un comportamento consequenziale all' accoglimento della domanda di conseguimento l' aggiudicazione e il contratto (art. 245 quinquies D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, concernente lavori, servizi e forniture, emanato in attuazione delle direttive CE 2004/18, 2004/17).

2.- Passando quindi all' esame dei ricorsi, congiunti, sono in parte inammissibili, in parte infondati.

2.1- Con un unico motivo la ricorrente principale denuncia: "Eccesso di potere giurisdizionale; sconfinamento da parte della C.G.A. nella sfera del merito di amministrazione, avendo il G.A. invaso con la propria decisione la sfera riservata all' agire della P.A. avendo l' organo giurisdizionale annullato l' offerta e l' art. 14 del capitolato speciale non per vizi o errori in essa contenuti, ma applicando un criterio di valutazione dell' offerta diverso e modificando il criterio generale della valutazione del prezzo base della gara, IVA esclusa, riparametrando il punteggio ed affermando che sarebbe stata aggiudicatari coop., così sostituendo il proprio criterio di valutazione a quello dell' amministrazione, e stabilendo il subentro di quest' ultima nel contratto, sostituendosi anche perciò alla P.A. anziché rimetterle gli atti per procedere al rinnovo di quelli viziati, mentre dovevano esser nuovamente valutate le offerte IVA esclusa, e soltanto dopo si poteva individuare l' aggiudicatario, non

limitato alle parti originarie, non dovendosi impedire ad altri concorrenti di partecipare secondo il nuovo criterio, in violazione della par condicio e penalizzando che se avesse conosciuto il diverso criterio avrebbe potuto fare una diversa offerta, con chiaro eccesso di potere giudiziario non avendo i giudici amministrativi annullato il provvedimento di aggiudicazione per vizi propri, ma per invalidità derivata da atti precedenti. E dunque la P.A. è stata spogliata del controllo che il legislatore le demanda, giungendo al risultato di aggiudicare il contratto ad un soggetto che non è stato sottoposto alla verifica di anomalia.

3.- L' Azienda Ospedaliera per l' emergenza con il ricorso incidentale deduce: "Eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento del G.A. nella sfera riservata alla P.A. (art. 111 comma 8 Costit.; art. 360 n. 1 c.p.c.; art. 110 c.p.a.) Violazione degli artt. 30, 122, e 124 del c.p.a. e degli artt. 86 e segg. D.lgs. 163/2006)", per non avere i giudici di secondo grado valutato che tutte le offerenti in gara erano state considerate presuntivamente anomale e soltanto la era stata sottoposta a verifica di anomalia, risultando congrua, ma non le altre. Ed infatti aveva consistentemente ribassato il canone del 10,37% e tuttavia non era stata sottoposta a verifica perché la prima classificata era e conseguentemente neppure il G.A. poteva condannare la P.A. al risarcimento del danno, ma avrebbe dovuto se mai disporre il rinnovo parziale degli atti di gara onde consentire alla P.A. la valutazione di congruità, appartenente alla sua discrezionalità tecnica a cui si è sostituito il G.A.

3.1 - Premesso che al procedimento di aggiudicazione era applicabile *ratione temporis* il succitato D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la decisione impugnata non ha ecceduto dal rispetto dei principi e delle norme in esso contenute.

Ed infatti secondo l' art. 2.1: "L' affidamento e l' esecuzione di .. servizi., deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità ...; l' affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione trasparenza, ..", e secondo l'art. 11.2: "Prima dell' avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le amministrazioni aggiudicatrici .. determinano di contrarre.. Individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. 4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l' aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente".

Quindi l' art. 29 (metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici), stabilisce:  
"Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull' importo totale pagabile al netto dell' IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell' importo massimo stimato, ..", e l' art. 81 indica, tra i criteri per la scelta dell' offerta migliore: "Il prezzo più basso o l' offerta economicamente più vantaggiosa" (in cui i punti relativi al prezzo si sommano ad altri elementi di valutazione che l' amministrazione deve individuare ed indicare nel bando al fine della trasparenza e della par condicio dei concorrenti), sottoponendo poi a verifica la prima migliore offerta che, se anormalmente bassa (ossia al di sotto del quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti nel bando, se le offerte ammesse sono almeno cinque: art. 86), può portare all' esclusione ove l' offerente non dimostri l' affidabilità della stessa (artt. 86.5, 87 e 88).

3.2- Quindi, fermissimo il principio secondo il quale l' eccesso di potere giurisdizionale da parte del G.A. per sconfinamento nell' ambito di competenza della P.A. è da escludere se il giudizio non è basato su una diretta valutazione dell' interesse pubblico dell' atto impugnato sotto il profilo dell' opportunità e della convenienza di esso, bensì è interpretato per verificarne la conformità alla legge, e che se il legislatore attribuisce la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, i poteri di cognizione, sul rapporto e non sull' atto, sono estesi al merito inteso come esame dell' atto finalizzato all' accertamento e alla determinazione della disciplina giuridica del rapporto su cui esso incide, il D.lgs. n. 53 del 2010 con l' art. 12, introduttivo dell' art. 245 quinquies ha conferito espressamente al giudice amministrativo il potere di disporre l' accoglimento della domanda di conseguire l' aggiudicazione e il contratto, in attuazione delle direttive comunitarie di priorità ed immediatezza della tutela specifica, e tale norma è stata trasfusa nell' art. 124 D.lgs. n. 104 del 2010.

3.3 - Pertanto, esaminata la decisione impugnata alla luce del complesso delle norme su richiamate, si evince che il G.A. ha esaminato la lex specialis - ed in particolare la clausola concernente l' IVA (art. 14) - in relazione al criterio dell' offerta economicamente più vantaggiosa non solo alla luce della disciplina sull' IVA (art. 18 primo comma, D.P.R. n. 633 del 1972 che riconosce il diritto di rivalsa di detta imposta nei confronti del cessionario o del committente della prestazione di servizi), ma anche del codice dei contratti contenuto nel D.lgs. n. 163 del 2006 e della normativa comunitaria (Trattato CE, art. 87) che impone il rispetto dei principi di parità e di concorrenza tra le imprese che, sotto qualsiasi forma, esercitano un' attività economica (configurabile per qualsiasi attività di offerta su un determinato mercato di

beni o servizi), nel mercato unico, senza distinzione tra quelle che perseguono istituzionalmente un fine solidaristico e quelle che perseguono lo scopo di lucro, determinando conseguentemente l' illegittimità di quelle disposizioni che minacciano o falsano i suddetti principi, come nel caso in cui la prestazione del servizio è offerta da una cooperativa Onlus che, fruendo dell' agevolazione dell' IVA, potrebbe essere favorita nell' aggiudicazione dell' appalto poiché questa imposta incide sul costo e quindi sull' offerta del prezzo. Di conseguenza, allorché il G.A. ha giudicato illegittima la clausola n. 14 della lex specialis includente l' IVA nel prezzo da offrire, ha applicato le norme che vietano una disparità di condizioni tra i soggetti partecipanti alla gara perché, secondo l'incidenza o meno dell' IVA sul prezzo, ne conseguiva un vantaggio o uno svantaggio per l'impresa non dipendente dalla convenienza dell' offerta, bensì dalla forma giuridica in cui essa è costituita, e in tale funzione ermeneutica non ha travalicato i limiti interni della sua giurisdizione.

4.- Dunque la prima parte delle surrichiamate censure alla sentenza del C.G.A. non configurano un eccesso di potere giurisdizionale, in violazione degli artt. 110 del D.lgs. n. 104 del 2010, 111, ultimo comma, Cost. e 362 cod. proc. civ., ma si risolvono in prospettazione di errores in iudicando al sensi dell' art. 360 n. 3 cod. proc. civ. delle norme del codice dei contratti pubblici, dei principi di diritto comunitario e del relativo recepimento nell' ordinamento interno dapprima con il D.lgs. n. 53 del 2010 e poi con il D.lgs. n. 104 del 2010 e perciò non sono proponibili.

5.- Sono invece infondate le censure contenute nella seconda parte dei ricorsi. Ed infatti, come evidenziato in narrativa, la ricorrente principale aveva chiesto l' annullamento della delibera di aggiudicazione, l' inefficacia del contratto stipulato, la reintegra in forma specifica ed il risarcimento dei danni.

Pertanto, emanata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio la direttiva 11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, poiché l' art. 2 quinquies, paragrafo 1, prevede che "a poter causare con una propria decisione privo di effetti un contratto concluso in violazione dei precetti comunitari sia il medesimo organo giurisdizionale che giudica dell' illegittimità", queste Sezioni Unite hanno già affermato (ordinanze nn. 2096 del 2010, 14260 del 2012) che fin dal dicembre 2007, e quindi ancor prima della scadenza del termine per il recepimento di detta direttiva nel nostro ordinamento (20 dicembre 2009, attuata con D.lgs. n. 53 del 2010), essa, pur non essendo applicabile ai contratti di appalto stipulati precedentemente, è idonea, per effetto del richiamo

contenuto nell' art. 117 Costituzione ai vincoli all' attività legislativa derivanti dall' ordinamento comunitario, ad orientare l' interpretazione delle norme rilevanti per le gare nel senso di estendere, nelle materie soggette alla giurisdizione esclusiva, in cui i diritti e gli interessi legittimi sono strettamente connessi (art. 103 Costit., S.U. nn. 26970 del 2008, 5973 del 2009, parere della Commissione speciale presso il Consiglio di Stato del primo febbraio 2010 n. 368) la cognizione dell' "organo indipendente dall' amministrazione aggiudicatrice", ai contratti e alle connesse domande derivanti dagli effetti dell' annullamento dell' aggiudicazione, come il risarcimento e la reintegra in forma specifica della posizione del ricorrente.

Questo principio, da riaffermare, è in linea sia con i criteri direttivi ed i principi contenuti nell' art. 44.1 della legge n. 69 del 18 giugno 2009 di delega al Governo Innanzi richiamata "per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato", la cui lett. a) prevedeva il conferimento al G.A. del potere di "emettere pronunce .. idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa .."; sia con l' art. 44 della legge del 2009 n. 88, di delega al Governo di attuazione di detta direttiva, il cui criterio direttivo specifico è: "1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all' articolo 2 - quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all' articolo 2 - quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE che, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lascia al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire; 2) nel caso di cui all' articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all' articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative; 3) fuori dei casi di cui al numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato"; sia con l' art. 10 dello schema di decreto legislativo attuativo: "la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda di conseguire l' aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione degli effetti del contratto, ove nel frattempo stipulato"; sia con la statuizione contenuta nel D.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010 di attuazione della direttiva 2007/66/CE che ha aggiunto, con l' art. 7, nell' art. 244.1 del D.lgs. del 2006 n. 106,

Il seguente periodo: "La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione.." e ha conferito, con l'art. 12 (tutela in forma specifica), introduttivo dell'art. 245 quinquies del precitato D.lgs., al giudice amministrativo il potere di accogliere la domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto ("salvo il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale": par. 3 art. 2 quinquies della direttiva sucitata). Queste ultime norme, che strutturano un sistema giurisdizionale unico nell'ambito del codice degli appalti pubblici esteso alla tutela demolitoria e risarcitoria, anche in forma specifica, sono poi state trasfuse negli artt. 121, 122, 124, 133 comma 1, lett. e) D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, in cui l'interesse dell'imprenditore a conseguire celermente il contratto di appalto è al centro della nuova disciplina, espressa anche nell'abbreviazione dei termini innanzi esaminata e nel conferimento al G.A. del potere di aggiudicazione diretta del contratto, considerando anche che in tema di contratti pubblici è molto ristretto l'ambito della discrezionalità della P.A., allo scopo di non vanificare la tutela reale della parte vittoriosa che ha ottenuto l'annullamento del provvedimento, in attuazione dei principi della semplificazione e concentrazione in un unico processo, della pienezza e dell'effettività della tutela, sanciti dalla legge delega del 2009 n. 69 e dall'art. 1 del D.lgs. n. 104 del 2010.

Pertanto, ribadito che nella fattispecie la decisione del G.A. è fondata sull'illegittimità della clausola della *lex specialis* che stabiliva l'IVA compresa nel prezzo dell'offerta perché ritenuta in contrasto con la disciplina dei contratti pubblici e con i principi comunitari recepiti nel nostro ordinamento, e non già sulla valutazione del vantaggio economico del servizio offerto secondo parametri di qualità, adeguatezza, sicurezza di approvvigionamento etc., già effettuata dalla P.A., nell'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto alla società non è ravvisabile nessuna sostituzione al giudizio spettante all'amministrazione, né alla stessa è stato, in conseguenza della decisione, imposto un vincolo diverso da quello scaturente dalle norme, e neppure le è stato sottratto il potere di verifica di anomalia essendo l'anomalia dei prezzi determinata dal diverso regime dell'IVA tra le concorrenti.

Concludendo i ricorsi sono inammissibili.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del giudizio di cassazione. Sussistono i presupposti di cui all'art. 13 quater d.P.R. 115/2002.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, dichiara inammissibili i ricorsi. Compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma il 21 ottobre 2014.

Il Relatore

*M.G. C.*

Il Presidente

*Luigi Fontana*

Il Funzionario Giudiziario  
Dot. SSA Anna PANTALEO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi.....

28 APR 2015



Il Funzionario Giudiziario  
Anna PANTALEO